Comisión de Constitución, Códigos, Legislación General y Administración
Carpeta Nº 486 de 2010

Versión Taquigráfica N° 1729 de 2013

CÓDIGO PENAL

Versión taquigráfica de la reunión realizada el día 23 de julio de 2013

(Sin corregir)

PRESIDE: Señor Representante Aníbal Pereyra.

MIEMBROS: Señores Representantes José Bayardi, Fitzgerald Cantero Piali, Diego Guadalupe, Pablo Iturralde Viñas, Felipe Michelini y Jorge Orrico.

SEÑOR PRESIDENTE (Pereyra).- Habiendo número, está abierta la reunión.

Continuamos con el tratamiento del proyecto de Código Penal.

SEÑOR ORRICO.- Había quedado en traer una redacción sustitutiva al numeral 2 del artículo 35 que con respecto al parentesco en delitos contra la propiedad, dice: "Que fueran cometidos por los descendientes legítimos en perjuicio del ascendiente, o por el hijo natural en perjuicio de los padres o viceversa, por los afines en línea recta, por los padres o hijos adoptivos y por los concubinos".

Se me ocurrió la siguiente redacción: "2. Que fueran cometidos por los descendientes en perjuicio del ascendiente, o por el hijo en perjuicio de los padres o viceversa, por los afines en línea recta, por los padres o hijos adoptivos y por los concubinos".

Quité la distinción entre hijos naturales y legítimos que, honestamente, me parece arcaica.

SEÑOR BAYARDI.- El numeral 3 dice "Por los hermanos", pero pienso que debe decir "Por los hermanos que cohabiten". Si un hermano que no cohabita saquea la casa, no debería quedar exento de pena. Inclusive, el artículo 41.3 hacía referencia a los hermanos cuando vivieren en familia.

SEÑOR ORRICO.- Creo que es correcto lo que dice el señor Diputado Bayardi, por lo cual dejaría "Por los hermanos cuando vivieren en familia".

SEÑOR BAYARDI.- En todo caso, como es un delito que se persigue a denuncia de parte, el hermano valorará si quiere denunciarlo o no.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no se hace uso de la palabra, se va a votar el artículo 35 con las modificaciones propuestas.

(Se vota)

——Seis por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

Se pasa a considerar el Título III, "De las circunstancias que alteran la pena", Capítulo I, "De las circunstancias atenuantes".

En discusión el artículo 39.

SEÑOR MICHELINI.- El señor Diputado Cersósimo, que no se encuentra en Sala, propuso una enmienda al numeral 5 que, adelanto, no voy acompañar. De todos modos, por cortesía parlamentaria, propongo que se desglose el numeral 5 del artículo 39.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no se hace uso de la palabra, se va a votar el artículo 39, desglosando el numeral 5.

(Se vota)

——Seis en siete: AFIRMATIVA.

SEÑOR BAYARDI.- El acápite del artículo 39 dice: "Atenúan el delito cuando no hubieran sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción, las circunstancias siguientes". El numeral 9 dice: "(Móviles jurídicos altruistas o sociales)" El haber obrado por móviles de honor o por otros impulsos de particular valor social o moral".

¿Está bien mantener ese atenuante?

SEÑOR ORRICO.- Es un atenuante, no un eximente de pena ni cosa por el estilo. Esto es, por ejemplo, el padre que mata a la persona que violó a su hija. No está bien; se va a procesar y condenar por homicidio pero se va a entender como atenuante que él estuvo impulsado por algo de esto. Eso es solamente un atenuante; no significa que el delito desaparezca ni nada por el estilo. Ello es correcto porque el Derecho Penal se tiene que basar, fundamentalmente, en los aspectos subjetivos de quien realiza la acción. Entonces, ese tipo de sentimientos que los individuos tienen, de alguna manera están obstruyendo su buen razonar.

SEÑOR BAYARDI.- A los efectos del ejemplo planteado por el señor Diputado Orrico, quiero decir que no me genera ningún nivel de violencia. Sin embargo, a los efectos de otros delitos, me genera algún nivel de violencia como, por ejemplo, el haber obrado por móviles de honor. No me genera mucho problema el del impulso de particular valor social o moral, pero amparado en el honor, funciona como atenuante el asesinato de una enorme cantidad de mujeres de este país. Para ello existe el divorcio sin llegar a cometer el delito.

Reitero que no tengo problema con el haber obrado por un impulso de particular valor social o moral. El ejemplo citado por el señor Diputado Orrico lo comparto, es decir, si uno tiene a mano, lo va a salir a buscar. El móvil del honor se invoca para otras circunstancias. Mi duda era si se debía mantener este aspecto como un atenuante del delito. Esta es mi observación. Estoy reflexionando un poco al respecto para saber si bajo ese aspecto se mantiene.

SEÑOR ORRICO.- Lo que sucede es que el concepto de honor también evoluciona con las sociedades, y hoy nadie va a invocar como motivo de honor a los efectos de un atenuante, por ejemplo, que su señora lo estuvo engañando con otro. Al día de hoy este no es un motivo de honor. Distinto sería otro tipo de situaciones que son dañinas para el honor como, por ejemplo, la ostentación pública de determinadas cosas, que son las que pueden influir en este caso. En realidad, el honor es un concepto que no está fijo, que depende de cada época y circunstancia. En lo que a mí respecta, yo dejaría este aspecto. Me parece que la situación que describe el señor Diputado Bayardi, teniendo en cuenta todas las leyes que ya se han sancionado desde el año 1995 hasta ahora, está solucionado. El concepto de honor también surge del propio orden jurídico, más allá de una definición precisa. Y el orden jurídico

está dando pautas de que ese tipo de honor no corre más en cuanto a considerar a la mujer prácticamente como un objeto que permite tomar determinadas represalias cuando un hombre toma la conducta que considera como la más conveniente.

SEÑOR MICHELINI.- En primer lugar, si eliminráramos el atenuante que está planteado en esta discusión, por la formulación general quedaría igual a la redacción dada en el numeral 11, que menciona "cualquier otra circunstancia de igual carácter o análoga a las anteriores". Pero estamos hablando de atenuantes y el Juez tiene que considerar -eventualmente el Tribunal o la Suprema Corte de Justicia- los aspectos subjetivos para la consideración o el quantum de la pena, como bien afirma el señor Diputado Orrico.

En segundo término, el honor está protegido como un bien jurídico especial; así se establece en el artículo 7º de la Constitución de la República. Sin perjuicio de ello, comparto lo que decía el señor Diputado Orrico en cuanto a que es un concepto que va variando y va siendo interpretado de acuerdo con los tiempos. En estos tiempos tiene especial relevancia la legislación que establece el Poder Legislativo, en el sentido de si la igualdad de los sexos o de género, que está consagrada, en definitiva, no puede invocarse determinada conducta por parte de uno de los cónyuges en el sentido de intentar atenuar la eventual pena. Por lo tanto, desde esa perspectiva este aspecto está claro y no me genera ninguna dificultad mantener el numeral 9, que refiere a móviles jurídicos, altruistas o sociales, porque me parece que tendrá que considerarse en una moral que no es la moral del individuo, lo que él piensa que es moral, sino de una moral social aceptada que, hasta hace muy poco -estaba buscando el artículo pero no lo encuentro-, por razones de honor, se protegía al perpetrador si se quitaba la vida a una persona de menos de tres días de vida. Creo que este aspecto fue modificado en 1995 o en 1996. El Código Penal de la época permitía eso, y ahora ese aspecto fue derogado lisa y llanamente. Creo que el Código Penal que estamos aprobando establece una lógica de moral distinta.

SEÑOR ORRICO.- Para evaluar estos aspectos tendríamos que salir del ejemplo. Hay que poner otros casos en los que sin duda es el honor lo que motiva la acción.

Por ejemplo, supongamos que hay un intensivista en un lugar muy público y una persona le dice: "Mi padre se murió porque usted no lo supo reanimar", y el intensivista lo agarra a piñazos. Es decir, fue motivado por una ofensa en su honor y el individuo reacciona desmedidamente. En el momento en que el Juez aplique la pena va a decir que este señor fue herido en su honor, porque está demostrado en autos que aplicó toda la buena ciencia que tiene un intensivista para reanimar una persona y, sin embargo, en un lugar público frente a otras personas, se le acusó de no haber empleado la diligencia debida y reaccionó desproporcionadamente. Ese es el honor. El honor afecta distintos ámbitos de la vida de las personas y no tenemos por qué ceñirnos solamente al tema del hombre que se siente engañado por su mujer, que -insisto- está muy superado por la legislación que, en definitiva, es la que marca cómo se van integrando los conceptos. No se trata de un concepto meramente sociológico, porque también surge de la propia norma jurídica.

SEÑOR BAYARDI.- En realidad, si se hubiera dado esa situación y yo estuviera ejerciendo, debería haber controlado mi impulso de ferocidad, en vez de lesionarlo, porque hay otras vías por las cuales se puede terminar de razonar. Lo que no quiero es dejar abierta la puerta a la invocación de atenuantes ante determinados delitos. Planteo esto a modo de reflexión; no voy a hacer cuestión. Tengo mis dudas en seguir invocando el honor como atenuante. No importa la reacción a la que uno deba enfrentarse para defenderlo; pagará los costos por hacerlo y está bien que los pague. De manera que no voy a insistir en eso, pero quiero dejar planteado que no entiendo que el honor dé lugar a tener que cometer delitos de intensidad variable, algunos de los cuales pueden llevar al homicidio.

SEÑOR PRESIDENTE.- El artículo 39 ya está votado, con la salvedad de que no votamos el numeral 5.

En discusión el artículo 40 del Capítulo II: "Circunstancias agravantes".

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Siete por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

En discusión el artículo 41 del Capítulo III: "Efectos de las agravantes y atenuantes, su concurrencia y su comunicabilidad".

SEÑOR ORRICO.- Propongo que se voten juntos los artículos 41 y 42, porque acá no hay cambio alguno y, además, son normas que han funcionado desde hace más de cien años.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no se hace uso de la palabra, se van a votar ambos artículos.

(Se vota)

——Siete por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

En discusión el artículo 43 (Reiteración Real) del Capítulo I, Concurso de delitos, del Título IV: "Del concurso de delitos y delincuentes".

SEÑOR ORRICO.- En este Capítulo se tratan los artículos relativos a reiteración real, concurrencia fuera de la reiteración, concurrencia formal y delito continuado. No hay cambio ninguno con respecto al Código Penal vigente. Estas normas han funcionado muy bien, y estaban en el Código Penal de 1989. De manera que podríamos aprobarlo en bloque, si los compañeros de Comisión no presentan objeciones.

SEÑOR PRESIDENTE.- Si no se hace uso de la palabra, se van a votar los artículos 43 al 46.

(Se vota)

——Siete por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

En discusión el Capítulo II: "La reincidencia", que contiene artículos relativos al concepto de reincidencia y las limitaciones de reincidencia.

La Mesa consulta si se pueden votar juntos los artículos 47 y 48.

(Apoyados)

——Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Siete por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

En discusión el Capítulo III: "Concurso de delincuentes"

SEÑOR ORRICO.- En este caso, tenemos que analizar artículo por artículo porque hay cambios.

SEÑOR PRESIDENTE.- El artículo 49 dice: "Son responsables del delito, además del autor, todos los que concurren intencionalmente a su ejecución, fuere como coautores, fuere como cómplices.- En los delitos culposos, cada uno responde de su propio hecho.- La participación de tres o más personas, así como la cooperación inimputables, en todos aquellos delitos en los que, para su configuración, no sea indispensable la pluralidad de agentes, se considerará circunstancia agravante".

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Siete por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

El artículo 50 establece: "Se consideran autores: 1. Los que ejecutan los actos consumativos del delito.- 2. Los que determinan a personas no imputables o no punibles a cometer el delito".

Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Siete por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

El artículo 51 expresa: "Se consideran coautores: 1. Los que fuera del caso comprendido en el inciso 2 del artículo anterior, determinan a otros a cometer el delito.- 2

Los funcionarios públicos que obligados a impedir, esclarecer o penar el delito, hubiesen, antes de la ejecución y para decidirla, prometido encubrirlo.- 3.Los que cooperan directamente en el período de la consumación.- 4. Los que cooperen a la realización, de manera tal que, mediante su aporte al hecho, compartan el dominio sobre la misma, sea en la faz preparatoria, sea en la faz ejecutiva.- 5

Los que prevaleciéndose de una estructura organizacional de poder o económica, realizan el hecho por medio de otro".

SEÑOR ORRICO.- El artículo 51 tiene un cambio que es muy importante. Precisamente, esta redacción refiere a la organización criminal, organizada de tal manera que tiene tareas, jerarquías y disciplinas. Entonces, esta es la aceptación de la teoría del dominio de la voluntad sobre otros. El numeral 5 refiere a lo que muchos autores llaman "autores de escritorios", vale decir el individuo que en una organización criminal manda matar a alguien pero ni siquiera sabe quién lo va a hacer. Hay una organización sujeta a jerarquías, mandos medios y demás y el individuo desde su escritorio da la orden de que hay que matar a fulano y sabe que la orden se va a cumplir. A eso se refiere el numeral 5.

Me parece muy bien que este tipo de individuo sea considerado coautor. Esta figura presentaba dificultades en la práctica porque se trataba de un individuo que daba una orden y el autor material era otro. Siempre había discrepancias en cuanto a cómo tratar estos casos. La doctrina elaboró la teoría del dominio de la voluntad y empezó a aplicarla. No obstante, me parece que está muy bien que esto figure a texto expreso porque forma parte de los avances que la ciencia del derecho penal ha tenido en los últimos treinta o cuarenta años.

SEÑOR PRESIDENTE.- La Secretaría me hace la aclaración de que en el primer numeral del artículo 51 debe decir: "numeral dos del artículo 50".

Se va a votar el artículo 51.

(Se vota)

——Siete por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

Por razones de agenda me tengo que retirar, por lo tanto propongo que se elija un Presidente ad hoc, porque sigue habiendo quórum y se puede continuar votando.

SEÑOR ITURRALDE VIÑAS.- Yo también me tengo que retirar.

SEÑOR ORRICO.- Me parece que no está bien continuar el tratamiento de los artículos con un quórum mínimo. Pienso que este tema exige que estemos todos.

SEÑOR PRESIDENTE.- Entonces, terminamos con la votación de los dos artículos que faltan para terminar el Capítulo.

Pido disculpas porque no lo tenía previsto, pero de todas maneras tengo que retirarme.

En discusión el artículo 52.

SEÑOR ORRICO.- Este artículo refiere al concepto de cómplice.

Es difícil determinar qué es un cómplice. Hay muchos vaivenes en la jurisprudencia y es conveniente tratar de arreglar esto. El doctor Amadeo Ottati, cuando compareció en esta Comisión, dijo que la frase final del artículo "pero extraños y previos a la consumación", complica totalmente el concepto de complicidad. A su vez, el doctor Langón enseña que en la etapa de consumación tenemos solo autores y coautores, los que están antes o después, son cómplices. Entonces, hay que tener en cuenta que según la doctrina, hay dos tipos de complicidad. Una es la moral, que es el que no decide sobre el otro pero refuerza la decisión tomada. Por ejemplo, alguien dice: "Voy a asaltar el banco" y el otro le dice: "Está bien, si en vez de asaltar un tipo en la calle asaltás un banco, te llevas US$ 1:000.000 y está fenónemo". Ese es un tipo que alienta pero no está en la etapa de consumación ni es imprescindible; el individuo podrá aceptar o no ese consejo.

Por otro lado está el llamado "cómplice material", que es el que da la ayuda material. Él sabe que en su local están reunidos unos cuantos tipos que son delincuentes, pero no lo complica para nada y no sabe qué es lo que van a hacer. De todas maneras, es cómplice en la medida en que da un elemento que es un apoyo.

Por lo tanto, sacar la expresión "pero extraños y previos a la consumación", me parece que aclara este punto, que es lo que propuso el doctor Ottati sobre este aspecto.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se va a votar el artículo 52 con la modificación propuesta por el señor Diputado Orrico.

(Se vota)

——Seis por la afirmativa. AFIRMATIVA. Unanimidad.

En discusión el artículo 53, Extensión de la responsabilidad cuando se requieren condiciones personales para la existencia del delito.

SEÑOR ORRICO.- Este artículo goza de cierta debilidad en el sentido de que se trasmiten en forma positiva las condiciones que se requiere a un individuo para cometer un delito, por ejemplo, la condición de funcionario público. Eso se trasmite, por ejemplo, del funcionario público hacia los otros ejecutores pero no pasa al revés. El doctor Gonzalo Fernández, dijo que esta fórmula es parcial dado que implica que concurran las calificaciones personales en el caso del autor principal y son los demás partícipes quienes las ven comunicadas. Por ende, no está prevista la situación de que ninguno de los agentes del delito reúna la nota de especialidad reclamada por el tipo delictivo. Vale decir que los que cometen el delito no reúnen ninguna de las capacidades y no las trasmiten.

En ese sentido, me estuve fijando en el Código Penal español, que es uno de los tantos códigos que tiene resuelta esta situación y, en particular, en una de las referencias que da el doctor Silva Forné en su muy buen libro sobre la reforma del Código Penal. Este artículo del Código Penal español -existen artículos similares en la legislación argentina y otras legislaciones avanzadas en la materia- dice que el que actúe como administrador de una persona jurídica -vale decir que el solo hecho de actuar como administrador le da el carácter de dueño de la persona jurídica- o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente aunque no concurran en él las cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe.

O sea que el artículo 53, tal como está, comunica del ejecutor hacia abajo -por decirlo de algún modo- y esto da vuelta. Es decir que el que actúa en nombre de una sociedad o de una persona que sí tiene las condiciones que requiere la ley para esto, adquiere esas condiciones. Hay muchos ejemplos, como el caso de los funcionarios públicos y de los gestores, que son entidades privadas. De pronto alguna ley puede decir que para ser sujeto activo de un delito se necesite tal calidad y eso se trasmite para quien actúe en representación.

Entonces, propongo agregar un inciso segundo con la siguiente redacción: "El que actúe como administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe".

(Ocupa la Presidencia el señor Representante Bayardi)

SEÑOR MICHELINI.- No tengo inconveniente en acompañar el aditivo al artículo 53 propuesto por el señor Diputado Orrico, en la medida en que está generando otra hipótesis de extensión de responsabilidad que se suma a la que ya figura y en que, además, brinda la posibilidad de evaluar el nivel de la persona que participa, pero no tiene esa condición especial.

SEÑOR GUADALUPE BRENNA.- Quisiera saber por qué es necesario hacer esa incorporación. Dado que la propuesta refiere a algún caso de complicidad o de coautoría, ¿no quedaría subsumido en lo que ya vimos?

SEÑOR ORRICO.- Es lo que establecen los distintos autores que he analizado -los doctores Silva Forné, Gonzalo Fernández y otros- y casi todos los textos que se dedican a este artículo. En la doctrina argentina es un poco distinto, porque Zaffaroni habla de una figura que es diferente a la nuestra, por lo menos, parcialmente.

En la primera hipótesis, se requieren condiciones personales y el individuo que las tiene, las traspasa a los que son coautores. Acá, lo que hay es un representante, un delegado, que no tiene esas condiciones, pero actúa en representación de otro; entonces, estas condiciones de calificación especial también le llegan, con las consideraciones que eso corresponda. Hasta ahora, hemos tenido un sistema que solamente es del autor hacia los otros. Acá es desde los otros hacia el representado: del representante al representado, del delegado al delegante. Eso es lo que se procura arreglar con esto, que -reitero- es algo que mencionan todos los autores que se dedican a estudiar el tema de la complicidad.

SEÑOR PRESIDENTE.- Se va a leer el artículo 53 con la modificación propuesta por el señor Diputado Orrico.

(Se lee:)

"Art. 53. (Extensión de la responsabilidad cuando se requieren condiciones personales para la existencia del delito).- Cuando para la existencia de un delito se requieran condiciones de orden personal, todos los que presten su concurso serán responsables del mismo, según la participación que hayan tenido en él, pero la ausencia de tales condiciones, se tendrá en cuenta por el juez para rebajar la pena de aquellos en quienes no concurran.- El que actúe como administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe".

——Si no se hace uso de la palabra, se va a votar.

(Se vota)

——Cinco por la afirmativa: AFIRMATIVA. Unanimidad.

Se levanta la reunión.